Convergencia entre la protección de la vida privada y la defensa de la competencia en la nueva casuística de la economía digital

Angélica Noboa Pagán y Pablo Mancebo Contreras

Introducción

Hace algunos años, Paul Samuelson (1915-2009) y William Nordhaus (1941-) actualizaron su obra cumbre "Economía"[1] integrando nuevos contenidos sobre la tecnología. Destacaban cómo la tecnología se había posicionado como factor de producción esencial de gran parte de los bienes y servicios, consolidando su papel como monarca del mercado[2]. Al publicar su Décimo Octava edición, los coautores, cada uno premio Nobel, ajustaron la morfología del libro de texto, por medio siglo considerado un referente mundial de enseñanza universitaria[3].

"Economía" fue un valioso texto de apoyo para la docencia del derecho de la competencia en las aulas universitarias dominicanas cuando la asignatura se introdujo por primera vez en un pénsum, específicamente en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, en el grado de licenciatura en derecho. Sin sus capítulos de microeconomía, el bachiller habría tenido dificultades en aproximarse al análisis económico del *antitrust*. Su modificación sustancial en 2008 fue el anticipo de una novedosa casuística.

Dos libertades individuales, usualmente ponderadas por separado en los estudios de derecho público, hoy día convergen en los nuevos conflictos jurídicos de la Cuarta Revolución Industrial. La protección de la vida privada, un derecho de la personalidad; y el derecho a la libre competencia, un derecho social, ameritan un examen ponderado en el nuevo contexto donde el tiempo y el espacio público se confunden con el privado.

En la actualidad, la disposición de las personas a preservar sus datos es un acto de voluntad sometido a solicitudes frecuentes, sin claro entendimiento de su uso posterior. "La sensibilidad de los consumidores a compartir sus datos es quizás más débil que su sensibilidad al precio".[4] Sobre el particular, Desirée Barinas Ubiñas, PhD destaca que:

> *Los datos que alimentan la "ciber-realidad" pudieran parecer de manera aislada absolutamente inofensivos, pero recolectados y manipulados de forma conjunta pueden alimentar formas de vigilancia e intromisión nunca vistas. Si bien es cierto que el internet es una ventana al mundo, es cierto que es una ventana hacia nosotros.*[5]

---

[1] Samuelson, Paul & Nordhaus, William: Economía, México, McGraw-Hill Interamericana, 2007.
[2] Samuelson, Paul & Nordhaus, William: Economía, México, McGraw-Hill Interamericana, 2007, p. 27.
[3] Entre otros, la obra estándar introdujo nuevos capítulos preliminares intitulados: Economía e innovación, materiales básicos para comprender la economía del siglo XXI, las cuestiones políticas del nuevo siglo, así como los debates sobre globalización.
[4] Bundeskartellamt, 6ta División de Decisión, B6-22/16, 2019, p.107.
[5] Barinas Ubiñas, Désirée, "La protección jurídico penal de la vida privada frente a las tecnologías de la información y de la comunicación" Seis editores, Colección Monografías, 2015, Primera Edición, p. 32.

En 2019, la autoridad de competencia de la República Federal de Alemania dictó una decisión acerca del reconocimiento del derecho a la vida privada, en un ambiente de clara dependencia por parte de los consumidores[6], del medio digital para satisfacer sus necesidades económicas y sociales.

A partir del precedente, este trabajo examina la eficacia de las medidas disponibles en el ordenamiento jurídico dominicano para garantizar los derechos de las personas sobre sus datos personales en el ciberespacio. Esto es, si en un presupuesto similar, es factible la comprobación del efecto nocivo del abuso de la posición dominante, a la luz del derecho constitucional dominicano.

[6] Ver: Zurimendi Isla, Aitor: Gigantes Tecnológicos, Distribución Online y Derecho de la Competencia, Pamplona, Thomson Reuters, 2021, p.51.

Bunsdeskartellant contra Facebook (2019) y medidas para la protección de los datos personales contra el efecto nocivo del abuso de posición dominante en el derecho dominicano

El ordenamiento regulatorio económico alemán resalta claramente por su esencia vanguardista[7], constituyéndose como uno de los líderes actuales frente a lo que pudiera considerarse una nueva etapa del *antitrust question*[8]. El seguimiento desde estas latitudes a una decisión administrativa dictada por la autoridad alemana de la competencia guarda interés jurídico. Las ideas ordoliberales, de la Escuela de Friburgo[9], una corriente de pensamiento que propugna por un 'liberalismo ordenado', han tenido influencia en Latinoamérica y en lo particular en la República Dominicana, en ocasión del diseño de su ley de competencia, y en el orden constitucional, en la función de la empresa en un estado social de mercado, que permea la declaratoria de libertades individuales, límites, reservas y mandatos del artículo 50[10], así como el postulado general del artículo 218[11] de la Carta Magna.

> *Se debe admitir que los ordoliberales de la "Escuela de Friburgo" no desarrollaron el concepto de abuso. Incluso en el tiempo en que el Tratado de Roma fue negociado, no hubo un concepto de abuso sofisticado ofrecido por el equipo alemán. No obstante, Walter Eucken sí tenía ideas sobre*

---

[7] Noboa Pagán, Angélica & Batista Molina, Joan, "La reforma alemana y el futuro del derecho de competencia", en Suplemento Innovación & Derecho, Diario La Ley, número 3, Argentina, Thomson Reuters, 2022, pp. 4-5, en 5.

[8] Ibid. en 4.

[9] *"El ordoliberalismo es una corriente de pensamiento económico y político que fue madurando en los años 1930 alrededor de un núcleo duro, la llamada escuela de Friburgo, con figuras como el economista Walter Eucken o los juristas Franz Böhm y Hans Grossman-Doerth, y a la que también contribuyeron otros intelectuales ajenos a la escuela, siendo los más conocidos Alfred Müller-Armack, Wilhelm Röpke y Alexander Rüstow. Tras el horror del nazismo, este grupo de intelectuales pretende buscar una tercera vía que no consista en el liberalismo clásico vinculado al laissez-faire ni en la planificación estatal ligada al socialismo".* Alemania, año cero: orígenes ordoliberales de la Unión Europea y nuevo constitucionalismo disciplinario *(Germany, year zero: ordoliberal origins of the European Union and new disciplinary constitutionalism)* Alejandro Sánchez Berrocal (Instituto de Filosofía del CSIC), p. 97. https://digital.csic.es/bitstream/10261/235634/1/S%C3%A1nchez-2020-Alemania%2C_a%C3%B1o_cero_or%C3%ADgenes_ordoliberales_de_la_Uni%C3%B3n%20Europea_y_nuevo_constitucionalismo_disciplinario.pdf

[10] *"Artículo 50.- Libertad de empresa. El Estado reconoce y garantiza la libre empresa, comercio e industria. Todas las personas tienen derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las prescritas en esta Constitución y las que establezcan las leyes.*
1) No se permitirán monopolios, salvo en provecho del Estado. La creación y organización de esos monopolios se hará por ley. El Estado favorece y vela por la competencia libre y leal y adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante, estableciendo por ley excepciones para los casos de la seguridad nacional;
2) El Estado podrá dictar medidas para regular la economía y promover planes nacionales de competitividad e impulsar el desarrollo integral del país;
3) El Estado puede otorgar concesiones por el tiempo y la forma que determine la ley, cuando se trate de explotación de recursos naturales o de la prestación de servicios públicos, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público y al equilibrio medioambiental."

[11] *"Artículo 218 Artículo 218.- Crecimiento sostenible. La iniciativa privada es libre. El Estado procurará, junto al sector privado, un crecimiento equilibrado y sostenido de la economía, con estabilidad de precios, tendente al pleno empleo y al incremento del bienestar social, mediante utilización racional de los recursos disponibles, la formación permanente de los recursos humanos y el desarrollo científico y tecnológico."*

las prácticas excluyentes, tales como el boicot, el precio predatorio o los reembolsos por fidelidad, así como las prácticas de explotación, tales como los precios discriminatorios, que, de acuerdo con su criterio, debían ser controlados en casos de monopolios "inevitables" (como los monopolios naturales. Un exhaustivo concepto ordoliberal de abuso pudo ser desarrollado, sin embargo, solo con la incorporación del artículo 86 (actualmente el Artículo 102) del Tratado de Roma. Una vez convertido en una prohibición directa para controlar las conductas unilaterales de las firmas dominantes.[12]

La nueva casuística en materia de competencia en el Derecho Comparado, derivada de la irrupción de los mercados digitales y los llamados gigantes tecnológicos, se refiere a un bien jurídico protegido constitucionalmente en la República Dominicana; los datos personales, a través del derecho a la intimidad[13] y el habeas data[14], y por normas y procedimientos legales en la Ley núm. 172-13, que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados[15].

Dicha sujeción se ve movilizada por los datos, con los cuales, cada vez más, recibimos una mayor personalización de productos y servicios y, sin darnos cuenta, se crea una falta de alternativa que poco a poco nos va situando en un espacio de mínima o nula capacidad de reacción ante las posibles

---

[12] Behrens, Peter "The ordoliberal concept of 'abuse' of a dominant position and its impact on Article 102 TFEU" https://www.elgaronline.com/display/edcoll/9781788117333/9781788117333.00008.xml

[13] *"Artículo 44. Derecho a la intimidad y el honor personal. Toda persona tiene derecho a la intimidad. Se garantiza el respeto y la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia del individuo. Se reconoce el derecho al honor, al buen nombre y a la propia imagen. Toda autoridad o particular que los viole está obligado a resarcirlos o repararlos conforme a la ley. Por tanto:*
1) El hogar, el domicilio y todo recinto privado de la persona son inviolables, salvo en los casos que sean ordenados, de conformidad con la ley, por autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito;
2) Toda persona tiene el derecho a acceder a la información y a los datos que sobre ella o sus bienes reposen en los registros oficiales o privados, así como conocer el destino y el uso que se haga de los mismos, con las limitaciones fijadas por la ley. El tratamiento de los datos e informaciones personales o sus bienes deberá hacerse respetando los principios de calidad, licitud, lealtad, seguridad y finalidad. Podrá solicitar ante la autoridad judicial competente la actualización, oposición al tratamiento, rectificación o destrucción de aquellas informaciones que afecten ilegítimamente sus derechos;
3) Se reconoce la inviolabilidad de la correspondencia, documentos o mensajes privados en formatos físico, digital, electrónico o de todo otro tipo. Sólo podrán ser ocupados, interceptados o registrados, por orden de una autoridad judicial competente, mediante procedimientos legales en la sustanciación de asuntos que se ventilen en la justicia y preservando el secreto de lo privado, que no guarde relación con el correspondiente proceso. Es inviolable el secreto de la comunicación telegráfica, telefónica, cablegráfica, electrónica, telemática o la establecida en otro medio, salvo las autorizaciones otorgadas por juez o autoridad competente, de conformidad con la ley;
4) El manejo, uso o tratamiento de datos e informaciones de carácter oficial que recaben las autoridades encargadas de la prevención, persecución y castigo del crimen, sólo podrán ser tratados o comunicados a los registros públicos, a partir de que haya intervenido una apertura a juicio, de conformidad con la ley."

[14] *"Artículo 70. Hábeas data. Toda persona tiene derecho a una acción judicial para conocer de la existencia y acceder a los datos que de ella consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación, actualización y confidencialidad de aquéllos, conforme a la ley. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística."*

[15] Promulgada el 13 de diciembre de 2013, G. O. núm. 10737 del 15 de diciembre de 2013.

acciones abusivas de los mencionados agentes económicos, quienes, en definitiva, terminan sabiendo más de nosotros que nosotros mismos[16].

El caso liderado en 2019 por el *Bundeskartellamt*, órgano estatal alemán encargado de la regulación de la competencia y los derechos de los consumidores[17] en contra de Facebook, es un ejemplo ilustrativo de la levedad con que las personas otorgan consentimiento para el uso de sus datos personales. La protección de la privacidad de datos sirvió como punto de partida para el análisis de una decisión, en la cual la corte actuante había sido apoderada para juzgar un asunto sobre derecho de competencia, específicamente, la comisión de actos de abuso de posición dominante.

En palabras de Andreas Mundt, presidente del órgano de competencia alemán, refiriéndose al llamado *tipping effect*[18], característico en los mercados digitales, en gran parte por la tenencia y el uso de los datos:

> *Hoy en día, los datos son un factor decisivo en la competencia. En el caso de Facebook son el factor esencial para establecer la posición dominante de la empresa. Por un lado, se ofrece un servicio gratuito a los usuarios. Por otro, el atractivo y el valor de los espacios publicitarios aumentan con la cantidad y el detalle de los datos de los usuarios.*[19]

La casuística remite a la idea de que Facebook, al igual que otras empresas basadas en plataformas digitales, posee un afianzado y gigantesco poder de mercado, debido a su capacidad superior en la recopilación de enormes cantidades de datos personales, no solo vía sus propios servicios, sino vía los llamados servicios *off Facebook,* dígase, redes de terceros conectados a Facebook a través de interfaces de programación y de otros sistemas pertenecientes al grupo Meta (Instagram, WhatsApp, Oculus y, hasta el 13 de marzo de 2020, Masquerade)[20].

Los algoritmos, alimentados por los datos personales, definen con una precisión impecable el producto dirigido a los usuarios, lo que le brinda al gigante tecnológico una clara superioridad circunstancial. Esto, en concatenación con el desarrollo cada vez más detallista de dichos sistemas y el aumento en la recopilación de nuevos datos por parte de la actividad publicitaria, afila la eficiencia de esta última y genera todo un círculo vicioso en el que se reúnen y se analizan cada vez más datos.

---

[16] Zurimendi Isla, Aitor: Gigantes Tecnológicos, Distribución Online y Derecho de la Competencia, Pamplona, Thomson Reuters, 2021, p.51.

[17] Ley Alemana de Competencia, secciones 48-49 y 51-53.

[18] Se produce cuando un producto supera un punto crítico de adopción por parte de los usuarios, catapultando al proveedor lejos de la competencia, brindándole algún tipo de poder monopolístico, véanse Rysman, Marc, "The Economics of Two-Sided Markets", en Journal of Economic Perspectives 23, numero 3, Estados Unidos de America, 2009, pp. 125-143, en 137; Petit, Nicolas & Moreno Belloso, Nathalia, "A Simple Way to Measure Tipping in Digital Markets", en ProMarket, 2021, https://www.promarket.org/2021/04/06/measure-test-tipping-point-digital-markets/.

[19] Bundeskartellamt, "Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources", 2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html [traducción nuestra].

[20] Bundeskartellamt, 6ta División de Decisión, B6-22/16, 2019, pp. 28-31.

De ese modo, las fuentes de datos de Facebook se colocan como elementos relevantes en un análisis económico competitivo, instrumentado por el *Bundeskartellamt* como todo un entramado anticompetitivo, debido al uso y la aplicación de las condiciones de servicio, explayadas en las políticas de datos y las *cookies,* que constituyen, a los ojos del órgano alemán, un claro abuso de posición dominante en el mercado de las redes sociales, de conformidad con la cláusula general del artículo 19, numeral 1[21] y numeral 2.2[22] de la Ley Alemana de Competencia; porque, como manifestación anticompetitiva de su poder de mercado, dichas condiciones violan los principios del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[23].

En República Dominicana, el abuso de posición dominante se encuentra tipificado en el artículo 6[24] de la Ley núm. 42-08 y los criterios de actuación de la autoridad de competencia se ofrecen en los artículos subsiguientes: el artículo 7.2[25] establece la regla de la razón, el artículo 8, los

---

[21] "*Sección 19. Conductas prohibidas de las empresas dominantes. 1) Se prohíbe todo abuso de posición dominante por parte de una o varias empresas"* [traducción nuestra].

[22] *"19.2.2 Existe abuso, en particular, cuando una empresa dominante como proveedor o comprador de un determinado tipo de bienes o servicios comerciales: exija condiciones de pago u otras condiciones comerciales que difieran de las que muy probablemente se darían si existiera una competencia efectiva; en este contexto, se tendrá especialmente en cuenta la conducta de las empresas en mercados comparables en los que exista una competencia efectiva"* [traducción nuestra].

[23] *Bundeskartellamt*, 6ta División de Decisión, B6-22/16, 2019, p. 46.

[24] *"Artículo 6.- Del abuso de posición dominante. Quedan prohibidas las conductas que constituyan abusos de la posición dominante de agentes económicos en un mercado relevante susceptibles de crear barreras injustificadas a terceros. Se incluyen dentro de los abusos de posición dominante las siguientes conductas:*
a) Subordinar la decisión de venta a que el comprador se abstenga de comprar o de distribuir productos o servicios de otras empresas competidoras;
b) La imposición por el proveedor, de precios y otras condiciones de venta a sus revendedores, sin que exista razón comercial que lo justifique;
c) La venta u otra transacción condicionada a adquirir o proporcionar otro bien o servicio adicional, distinto o distinguible del principal;
d) La venta u otra transacción sujeta a la condición de no contratar servicios, adquirir, vender o proporcionar bienes producidos, distribuidos o comercializados por un tercero;
e) La negativa a vender o proporcionar, ha determinado agente económico, bienes y servicios que de manera usual y normal se encuentren disponibles o estén ofrecidos a terceros; y cuando no existan, en el mercado relevante, proveedores alternativos disponibles y que deseen vender en condiciones normales. Se exceptúan aquellas
acciones de negativa a negociar, por parte del agente económico, cuando exista incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del cliente o potencial cliente, o que el historial comercial del cliente o potencial cliente demuestre un alto índice de devoluciones o mercancías dañadas, o falta de pago, o cualquier otra razón comercial similar;
f) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros sin que exista alguna razón comercial que lo justifique."

[25] *"Artículo 7.- Calificación de una conducta anticompetitiva. La calificación de una*
conducta empresarial como anticompetitiva estará sujeta a las siguientes condiciones:
1. Las conductas enumeradas en el Artículo 5 de esta ley serán prohibidas, siempre que sean ejecutadas o planificadas entre competidores que actúan concertadamente, salvo que ellas sean accesorias o complementarias a una integración o asociación convenida que haya sido adoptada para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva o para promover la innovación o la inversión productiva;
2. En la evaluación de las imputaciones de abuso de posición dominante, se examinará la contribución o reducción de dicha conducta a la eficiencia económica, mediante el análisis del efecto neto de dicha conducta; es decir, si sus efectos anticompetitivos superan los efectos pro-competitivos, o de incremento de la eficiencia económica o viceversa.

elementos que determinan el mercado relevante[26], y el artículo 9, los elementos de la posición dominante[27].

A miras del órgano de competencia alemán, el uso del servicio de Facebook requería que los consumidores externaran un verdadero consentimiento para la recogida y el uso de sus datos en el entramado sistema de procesamiento de datos del agente económico. Así, defienden el hecho de que los usuarios no dan su consentimiento efectivo, conforme a lo establecido en el artículo 6,

---

Párrafo I.- A tales fines, corresponde a quien persigue una sanción demostrar el efecto anticompetitivo de la conducta, mientras al agente económico investigado le corresponde demostrar posibles efectos pro-competitivos o de eficiencia económica.
Párrafo II.- Asimismo, la parte actuante deberá presentar indicios que demuestren la capacidad individual o colectiva de los sujetos investigados para crear barreras injustificadas a terceros en el mercado.
Párrafo III.- A los efectos de establecer la capacidad individual o colectiva de los sujetos investigados para crear barreras injustificadas a terceros en el mercado, se deberá comprobar que aquéllos tienen una posición individual o colectiva dominante sobre el mercado relevante.
Párrafo IV.- La obtención de una posición dominante en el mercado o su incremento, por sí sola, no constituye una violación a la presente ley."

[26] *"Artículo 8.- Mercado relevante. Para determinar el mercado relevante, deberán ser considerados los siguientes elementos:*
a. Identificación del producto o servicio cuyo mercado relevante se va a determinar;
b. Identificación del área geográfica correspondiente;
c. La probabilidad efectiva de sustituir el bien o servicio de que se trate por otro suficientemente similar en cuanto a función, precio y atributos, de origen nacional o extranjero, para ser contemplados por los consumidores como sustitutos razonables, en el tiempo y costo requerido para efectuar la sustitución, por considerarlos con el suficiente grado de intercambiabilidad;
d. El costo de distribucion del bien o servicio, sus insumos más importantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero, teniendo en cuenta los fletes, seguros, aranceles y cualquier otra medida que afecte su comercio, así como las limitaciones impuestas por otros agentes económicos y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde otros lugares;
e. La sustitución de la demanda, en particular, el costo y la probabilidad de que suplidores de otros productos o servicios que no son sustituibles, en principio, desde el punto de vista de la demanda, pues no son similares a la oferta del bien a sustituir, puedan fácilmente pasar a producir y ofrecer productos o servicios que por igual satisfagan la demanda de los consumidores; es decir, que los consumidores puedan acudir a otros mercados alternos de productos y servicios, que produzcan resultados suficientes para satisfacer su demanda de bien o servicio; y,
f. Las restricciones normativas nacionales o internacionales que limiten el acceso de los consumidores a fuentes alternativas de abastecimiento o el de los proveedores a clientes alternativos."

[27] *"Artículo 9.- De la determinación de posición dominante. Para determinar si una empresa o un conjunto de ellas tienen posición dominante en el mercado relevante, conforme la definición que aparece en el Artículo 4 de esta ley, la Comisión Nacional de Defensa de*
la Competencia deberá considerar los siguientes elementos:
a) La existencia de barreras a la entrada al mercado, así como la naturaleza y magnitud de tales barreras;
b) La participación en el mercado y el poder de fijar precios unilateralmente, o de restringir de forma sustancial el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar dicho poder;
c) Participación de mercado en términos porcentuales (cuota de mercado) de los demás participantes del mercado;
d) Las posibilidades de acceso de los demás participantes del mercado a fuentes de insumos; y,
e) La relación concurrencial y el comportamiento reciente de los participantes."

numeral 1, letra a[28] y el artículo 9, numeral 2, letra a[29], del RGPD para el tratamiento de datos personales, estructurado por la política de datos del gigante tecnológico, ya que la suposición de la entrega de un consentimiento voluntario es incompatible con la obligatoriedad respecto a la aceptación de las condiciones que se ejercen sobre estos para poder utilizar el servicio prestado por la empresa con una clara posición dominante.

En República Dominicana, la norma del consentimiento previo está estipulada en el artículo 5.4 de la Ley 172-13:

> *5.4 Consentimiento del afectado. El tratamiento y la cesión de datos personales es ilícito cuando el titular de los datos no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso y consciente, que deberá constar por escrito o por otro medio que permita que se le equipare, de acuerdo a las circunstancias. El referido consentimiento, prestado con otras declaraciones, deberá figurar en forma expresa y destacada, previa notificación al requerido de los datos descritos en el numeral 3 del presente artículo.*

De aquí que el caso liderado por el *Bundeskartellamt* resalte por su carácter innovador, no solo por el hecho del órgano de competencia utilizar una violación directa al ordenamiento europeo de protección de datos como punto de partida para la consolidación y tipificación de un 'abuso explotativo' de la posición dominante de Facebook[30], sino que su propia interpretación se alejó del análisis tradicional que intenta ejercer algún tipo de analogía entre la excesiva tenencia de datos y los precios excesivos o los términos contractuales injustos, para abrir las puertas hacia una interpretación más profunda, que plantea la subsunción siguiente: si las condiciones de servicio de Facebook infringían la mencionada normativa de protección de datos, de manera directa y por su estrecha relación con el análisis competitivo, derivaría de dicha violación su carácter abusivo y, por ende, anticompetitivo[31].

Conviene destacar que las personas somos generadores de datos y que la comercialización de la personalidad es un negocio altamente lucrativo, explica la Mtra. Barinas Ubiñas:

> *El valor de los datos personales como un activo dentro de la llamada Sociedad de la Información es innegable, siendo testigos de una mercantilización de los mismos, representando una verdadera "riqueza" para aquellos que poseen dicha información.*

---

[28] *"Artículo 6.1.a. Licitud del Tratamiento. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos".*

[29] *"Artículo 9.2.a. Tratamiento de categorías especiales de datos personales. 2) El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes: a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado".*

[30] Actuaciones que directamente le causan un perjuicio a los consumidores, constituidos bajo términos contractuales desiguales e injustificados que lógicamente son aceptados por estos debido al posicionamiento del agente económico, véase OECD, "Abuse of Dominance in Digital Markets", 2020, pp 50-53.

[31] Kerber, Wolfgang & Zolna, Karsten, "The German Facebook Case: The Law and Economics of the Relationship between Competition and Data Protection Law", en European Journal of Law and Economics, número 54, pp. 217-250, en 219.

> *Somos así testigos de que las empresas en línea son valoradas en gran medida por la carpeta de usuarios que poseen y en consecuencia por la masa informal a la que tienen acceso y pueden interrelacionar (...) Las redes sociales aumentan progresivamente su valor, encontrándose Facebook a la cabeza con unos 64 millones frente a LinkedIn con 18 mil millones.*[32]

Para poder concluir de esta forma, el órgano de competencia alemán determinó que, en su mercado nacional de redes sociales para usuarios privados, Facebook era la empresa dominante, de conformidad con el artículo 18, numeral 1[33], en conjunto a los numerales 2a[34], 3[35] y 3a[36] de la Ley Alemana de Competencia. Conclusión derivada de un análisis exhaustivo, en el que el *Bundeskartellamt* reiteró la posibilidad, debido a la profunda red de mercados relacionados con Facebook, de dejar su delimitación abierta[37], analizando: i) su afectación amplia en el entorno competitivo de las redes sociales y detallada en los mercados independientes de ii) los medios sociales y iii) la publicidad en línea no vinculada a consultas de búsqueda.

La Ley núm. 42-08 define la posición dominante como:

> *Artículo 4g) Posición dominante. El control del mercado relevante que disfruta un agente económico, por sí o conjuntamente con otros, y que le brinda el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva o le permita actuar en dicho mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, clientes o consumidores. La posesión de una posición dominante en el mercado o su incremento, por sí solo, no constituye una violación a la presente ley;*

En el precitado artículo 9 se establecen los elementos para su resolución en un determinado mercado relevante, sin embargo, no está previsto un análisis que permita a la autoridad dominicana ver efectos de la conducta en otros mercados. La redacción de ambas disposiciones presupone la determinación del mercado relevante, el que además está reglado por el mencionado artículo 8.

---

[32] Barinas Ubiñas Ob. Cit., p. 177

[33] *"Sección 18. Dominio del mercado. (1) Una empresa es dominante cuando, como proveedora o compradora de un determinado tipo de bien o servicio comercial en el mercado de productos y geográfico de referencia, 1. no tiene competidores, 2. no está expuesta a ninguna competencia sustancial, o 3. tiene una posición de mercado preponderante en relación con sus competidores"* [traducción nuestra].

[34] *"2ª) La suposición de la existencia de un mercado no quedará invalidada por el hecho de que un bien o servicio se suministre gratuitamente"* [traducción nuestra].

[35] *"3) Al evaluar la posición de mercado de una empresa en relación con sus competidores, se tendrá en cuenta, en particular, lo siguiente: 1) su cuota de mercado, 2) su solidez financiera, 3) su acceso a datos relevantes para la competencia, 4) su acceso a mercados de suministro o de venta, 5) los vínculos con otras empresas, 6) los obstáculos de hecho o de derecho a la entrada en el mercado de otras empresas, 7) la competencia real o potencial de empresas domiciliadas dentro o fuera del ámbito de aplicación de la presente Ley, 8) su capacidad para desplazar su oferta o demanda hacia otros bienes o servicios comerciales, y 9) la posibilidad de que la parte contraria del mercado se dirija hacia otras empresas"* [traducción nuestra].

[36] *"3ª) En particular, en el caso de los mercados y redes con múltiples lados, al evaluar la posición de mercado de una empresa también se tendrá en cuenta: 1) los efectos de red directos e indirectos, 2) la utilización paralela de varios servicios y los costes de cambio para los usuarios, 3) las economías de escala de la empresa derivadas de los efectos de red, 4) el acceso de la empresa a datos relevantes para la competencia, 5) la presión competitiva impulsada por la innovación"* [traducción nuestra].

[37] Bundeskartellamt, 6ta División de Decisión, B6-22/16, 2019, p. 46.

La autoridad alemana, como parte de su investigación e inicio del procedimiento, realizó una encuesta técnica[38], donde fueron analizadas las características específicas de más de veinte plataformas distintas, pudiendo excluir como servicios sustitutos un sinnúmero de redes profesionales y servicios de mensajería. Además de un desglose meticuloso sobre la estructura *multisided market*[39] de Facebook[40], tomando en cuenta quienes utilizan la plataforma como punto intermediador: i) los usuarios, entes privados que se benefician directamente de la estructura de red social de la plataforma y no proceden con el pago de ningún tipo de contraprestación monetaria; ii) los anunciantes, que se benefician de un espacio de publicidad personalizada, pagando así una determinada tarifa para la publicación de anuncios a grupos focalizados; iii) los desarrolladores, quienes poseen la oportunidad de integrar sus ofertas basadas en sitios web o aplicaciones para el aumento de su base de usuarios y la monetización de su servicio; y, iv) los publicadores, quienes diferenciados de los usuarios, utilizan la plataforma como medio de dar a conocer su empresa o negocio, como algún tipo de perfil para persona jurídica, cada uno de estos agentes creando entre sí efectos indirectos[41] y directos[42] de red, sobre la base de, por un lado, el aspecto social o comunicacional y, por el otro, el publicitario.

Se pudiese alegar que la verificación de sustituibilidad de la oferta, prevista en el citado artículo 8.c), le permitiría a la autoridad encargada de la investigación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (ProCompetencia), una encuesta parecida. A pesar de lo anterior, no encontramos posible que se formule una instrucción que alerte sobre los efectos nocivos del abuso de posición dominante en un *multisided market* o mercado multilateral, porque tanto la dirección ejecutiva como el consejo directivo de ProCompetencia carecen de esas facultades, al menos en sus atribuciones persecutorias e instructoras respectivamente. Esa facultad deberá habilitarse por ley.

Todo esto sin dejar de mencionar la presentación [de la *Bundeskartellamt*] de un análisis exhaustivo y técnico, en las estructuras de demanda y oferta: i) de las implicaciones de ser un servicio gratuito de cara a los usuarios, ii) de las relaciones entre el diseño y la experiencia del usuario frente la efectividad o validez de la entrega de su consentimiento y iii) del impacto de los ya mencionados efectos de redes, directos e indirectos, en cada una de estas relaciones; sin dejar a un lado las diferenciaciones respecto a los mercados de la publicidad en línea y fuera de línea, y

---

[38] Ibid, pp. 47-59.

[39] Modelos de negocios que facilitan la interacción entre dos o más grupos distintos, generando externalidades de red, véanse: Katz, Michael & Sallet, Jonathan, "Multisided Platforms and Antitrust Enforcement", en SSRN Electronic Journal, numero 34, 2018, pp. 2142-2175, en 2150; Pike, Chris, "Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms", OECD, 2018, en 189, https://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm.

[40] Para una esquematización de la estructura de Facebook, véase gráfico en Bundeskartellamt, 6ta División de Decisión, B6-22/16, 2019, p. 64.

[41] Ocurren al momento en el que el crecimiento del valor del servicio o producto aumenta con la ampliación del número o calidad de un grupo distinto frente al mismo servicio o producto, véase Comisión de Regulación de Comunicaciones, Gobierno de Colombia, "Aproximación a los mercados de dos lados en el entorno digital", 2019, p.10.

[42] Ocurren cuando el uso del producto por parte de una población, aumenta directamente, mientras los otros consumidores, del mismo grupo, adoptan el servicio o adquieren el producto, véase Pike, Chris, "Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms", OECD, 2018, en 189, https://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm.

la publicidad en buscadores y en no buscadores, tanto en medios de comunicación como en redes sociales. El mercado relevante siendo final y abiertamente[43] definido como el mercado de publicidad en línea en no buscadores de redes sociales dentro de la República Federal de Alemania[44].

Estas son indagaciones que la dirección ejecutiva de ProCompetencia pudiese hacer, en ejercicio de sus actividades de abogacía a través de un estudio de mercado[45] o que pudiera solicitar dentro del desarrollo de un proceso de instrucción[46]

Para determinar la dominancia en el caso de examen, el órgano de competencia alemán procedió realizando una progresiva subsunción con respecto a los precitados numerales de la sección 18 de la Ley Alemana de Competencia, a analizar entre el período de 2014 y 2018: i) el nivel de cuotas de mercado de la empresa, tomando en cuentas diversas métricas implementadas en estudios del propio organismo y de terceros; ii) la cuota de usuarios activos diariamente, considerada como una de las métricas más significativas en este tipo de mercados; iii) la cuota de usuarios activos mensualmente; iv) la cantidad de usuarios registrados; v) los niveles de ingresos de publicidad, que se duplicaron en los dos últimos años de investigación; vi) la constitución de un modelo cimentado en una economía de escala, el efecto del llamado *winner take all*[47] y la poca incidencia del *multihoming*[48] en la posición dominante de la empresa; y, vii) su posición superior en el acceso y almacenamiento de la data.

Habiendo limitado el mercado relevante y demostrado el posicionamiento de Facebook, el *Bundeskartellamt* procedió entonces con la argumentación sobre la supuesta acción anticompetitiva, cometida bajo dicha posición superior, al tomar en cuenta interpretaciones del Tribunal Federal de Alemania que concluían en el hecho de que i) los principios generales del

---

[43] Bundeskartellamt, 6ta División de Decisión, B6-22/16, 2019, p. 105: *"La cuestión de si debe suponerse que existe una posición dominante en los demás mercados afectados, y en qué medida, puede quedar abierta"* [traducción nuestra].

[44] Bundeskartellamt, 6ta División de Decisión, B6-22/16, 2019, pp. 102-103.

[45] *"Artículo 33d) Realizar estudios, trabajos y otras actividades de investigación y divulgación, con el fin de inducir una cultura de la competencia entre los agentes económicos del país;*
Artículo 33f) f. Realizar estudios e investigaciones en los sectores económicos para analizar el grado de competencia de los mismos, así como la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, y sus respectivas recomendaciones;"

[46] *"Artículo 42. De la instrucción de pruebas, de las inspecciones e investigaciones. El proceso de la inspección e investigación de denuncias y actuaciones de oficio estará a cargo del Director Ejecutivo. Durante la fase del procedimiento de investigación, y con el objeto de recabar las pruebas, el Director Ejecutivo podrá entre otros recursos, citar a los representantes legales del presunto o presuntos responsables, citar testigos, recibir declaraciones, realizar careos y llevar a cabo audiencias con la participación de los denunciantes, presuntos agraviados, presuntos responsables, testigos y peritos.*

Podrá también controlar, hacer extracto y copias de libros, documentos y registros contables de la parte investigada, pedir a las dependencias del presunto o presuntos responsables las explicaciones verbales correspondientes y tener acceso, incluso por allanamiento, a los terrenos, locales, instalaciones y medios de transporte del o los imputados."

[47] 'Los ganadores se llevan todo', creando, en vez de una competencia en el mercado, una por el mercado, véase Zurimendi Isla, Aitor: Gigantes Tecnológicos, Distribución Online y Derecho de la Competencia, Pamplona, Thomson Reuters, 2021.

[48] Situación en la que los usuarios de plataformas en línea utilizan dos o más plataformas para interactuar, véase Unión Europea, "Multi-homing. Obstacles, opportunities, facilitating factors: analytical paper 7", Publications Office, 2021, pp. 1-105, en 22, https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/57c7d6ed-ad52-11eb-9767-01aa75ed71a1.

ordenamiento relativos a la idoneidad de las condiciones acordadas en negociaciones desequilibradas pueden ser utilizados para la evaluación de prácticas abusivas en virtud del precitado artículo 19 de la Ley de Competencia[49] y ii) es válida la implementación de dicho artículo a miras de salvaguardar los derechos constitucionalmente protegidos, ante un escenario en el que una de las partes contractuales sea tan poderosa que prácticamente elimine la autonomía contractual de la otra, complementando así el principio de mercados comparables del artículo 19, numeral 2, apartado 2, con los valores constitucionales, en un proceso de adecuación con lo planteado por el ordenamiento[50].

La legislación dominicana no le otorga a ProCompetencia la potestad de extender la fiscalización de conductas de abuso de posición dominante, más allá de las tipificadas por el artículo 6 de la ley núm. 42-08 o de las que puedan demostrar que, dentro del proceso competitivo puedan crear barreras injustificadas a terceros, a pesar de que la Constitución proclama un Estado que favorece y vela por la competencia libre, y, en consecuencia, adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos del abuso de posición dominante. ProCompetencia no podría alegar una violación a la Ley de Protección de Datos, para condenar a una empresa de la comisión de esa conducta anticompetitiva.

En Alemania, por el contrario, se observó el ordenamiento en su conjunto, aplicándose así los principios de la legislación de protección de datos relativos a la adecuación del uso de estos, cimentados sobre el derecho fundamental a la protección de datos, configurado en el artículo 8, numeral 2 de la Carta de la Unión Europea[51], de manera que, más que un tipo de ataque en contra de la seguridad jurídica referente a la interpretación del derecho fundamental mencionado, se constituye en una promoción de la consistencia de ésta en todo el sistema, al estar la autoridad de competencia obligada a fallar conforme lo haya hecho la autoridad de protección de datos y los tribunales[52], pudiendo notificarle en caso de duda, como efectivamente hizo[53]. En este caso el Principio de unidad de ordenamiento de la Ley núm. 42-08, inspirado en la doctrina de Norberto Bobbio[54], resulta inaplicable porque la Ley núm. 172-13 es muda respecto a la fijación de normas y procedimientos para garantizar la protección de datos, bajo el prisma del derecho de la competencia, amén de las limitaciones previamente señaladas que impedirían a ProCompetencia actuar en un caso de esta naturaleza.

---

[49] Corte Federal de Justicia Alemán, sentencia del 24 de enero de 2017, file KZR 47/14, VBL Gegenwert II, para.35 (juris); Corte Federal de Justicia Alemán, sentencia del 7 de junio de 2016, file KZR 6/15, Pechstein/International Skating Union, para. 48 (juris).

[50] Corte Federal de Justicia Alemán, sentencia del 7 de junio 2016, file KZR 6/15, Pechstein, para. 55 (juris) con referencia a la Corte Federal Constitucional pp. 81, 242, 255.

[51] *"Artículo 8. Protección de datos de carácter personal. 2) Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación".*

[52] Bundeskartellamt, 6ta División de Decisión, B6-22/16, 2019, p.160.

[53] Bundeskartellamt, 6ta División de Decisión, B6-22/16, 2019, p.161; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-252/21, del 4 de julio de 2023, párr. 60.

[54] Véase Noboa Pagán, Angélica, "Bobbio y el principio de unidad de ordenamiento de la Ley de Competencia", Acento, Santo Domingo, 2022, https://acento.com.do/opinion/bobbio-y-el-principio-de-unidad-de-ordenamiento-de-la-ley-de-competencia-9107463.html.

Es así como el órgano alemán defiende la posición de que los principios de la ley de protección de datos son un estándar adecuado para medir la idoneidad de las condiciones de tratamiento de datos de un proveedor dominante, tomando en cuenta que dichas normas son aplicables en acciones civiles, acciones de asociaciones de protección a los consumidores, la normativa de competencia desleal alemana[55] y están expresamente establecidas por el legislador como elementos a considerar para determinar la dominancia del mercado, más si se toma en cuenta el mencionado mandato indirecto constitucional, sin tener que adentrarse al fondo de estas reglas que si son de única competencia para el organismo de protección de datos.

En nuestra opinión, esa analogía sería inadmisible en el ordenamiento nacional dominicano. Las medidas de regulación económica, como la defensa de la libre competencia y la protección de los datos personales, poseen inherentemente una sola vía directa para su inclusión a cualquier ordenamiento jurídico: la normativa legal. En palabras del Maestro Laguna de Paz[56], "*La regulación económica incide en los derechos y libertades de los ciudadanos o, más simplificadamente, en su libertad y propiedad. La consecuencia es que está reservada a la Ley*", hecho incontrovertible y claramente enmarcado en nuestra Carta Magna, en la que se estatuye que *"solo por ley […] podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales"*[57].

Así, toda materia que derive de la regulación económica amerita necesariamente su configuración legal, de conformidad con el llamado principio de reserva de ley, derivado del principio de legalidad, constatado en nuestra Constitución bajo el principio positivizado de *"a nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedírsele lo que la ley no prohíbe"*[58]. De esta forma, y tomando en cuenta el principio de vinculación positiva de la Administración Pública[59], ProCompetencia necesitaría una habilitación expresa del legislador para vincular el tratamiento de datos de un proveedor dominante, para proteger a los usuarios de los efectos nocivos del abuso, así como para llevar a cabo investigaciones por abuso de posición dominante en mercados multilaterales.

En el precedente de estudio, al no considerar la *Bundeskartellamt* que en este escenario existe la posibilidad de poder externar un verdadero consentimiento y existir una infracción establecida en los términos y condiciones de Facebook, en correspondencia con el almacenamiento y procesamiento de datos a miras del RGPD, el próximo paso se limitaba a discutir la necesidad o justificación contractual de la estructura planteada por el gigante tecnológico dentro de su sistema empresarial.

A los ojos del *Bundeskartellamt* en la especie, eran inexistentes o injustificados[60], no sin dejar de destacar que los mencionados intereses presentados por Facebook son relevantes para una

---

[55] Bundeskartellamt, 6ta División de Decisión, B6-22/16, 2019, p.156.
[56] José Carlos Laguna de Paz, Derecho Administrativo Económico, Segunda Edición, pág. 191.
[57] Constitución de la República Dominicana, art. 74.2.
[58] Constitución de la República Dominicana, art. 40.15.
[59] Constitución de la República Dominicana, art. 138: *"La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado".*
[60] Bundeskartellamt, 6ta División de Decisión, B6-22/16, 2019, p.198: *"Por último, el tratamiento de datos no puede considerarse necesario para los fines indicados"* [traducción nuestra]. Véase artículo 6 del RGPD: *"1) El tratamiento*

ponderación relativa a los derechos fundamentales que conforman la libertad empresarial; pero, a los ojos del órgano alemán, no suponen una necesidad frente a la estructura de datos del agente económico, *"no estando lo suficientemente equilibrado con el artículo 6, numeral 1, letra f del RGDP, teniendo en cuenta cómo afecta los intereses y derechos fundamentales de los interesados"*[61], tanto desde el punto de vista de la legislación de competencia como del de la protección de datos.

De esta forma, el órgano de competencia alemán ordenó a Facebook modificar sus términos y condiciones en lo que respecta al procesamiento de datos y a dar un alto a la violación de los principios y artículos mencionados durante todo el escrito, defendiendo: i) la existencia de una grave invasión de la intimidad de los interesados por el tipo y la cantidad de datos manejados por todos los servicios de Meta, vía o no vía Facebook; ii) la presencia de una conexión entre la infracción a los derechos a la autodeterminación de los usuarios privados con la posición dominante de Facebook en el mercado, y iii) los efectos impeditivos reales de dicha conexión, que colocan barreras de entrada para los competidores. Asimismo, destacó el hecho de que en la especie es innecesaria la demostración del daño por parte de alguno de los usuarios, ya que, en materia de protección de datos, se toma en cuenta el mero hecho de haber colocado a dicho interesado en una posición de vulnerabilidad, pudiendo ser afectado por potenciales o reales perjuicios en lo que respecta al tratamiento de sus datos.

La ley de competencia actualmente vigente en la República Dominicana, ni siquiera establece claros remedios a llevarse a cabo, en ocasión de la determinación de actos de abuso de posición dominante en mercados tradicionales. Si bien cada mercado es distinto y cada conducta probablemente amerite medidas especiales para la recuperación de las condiciones de competencia, la ley debería, al menos, establecer la obligación a ProCompetencia de fijarlas a través de una decisión motivada, así como en un plazo máximo luego de sancionar al agente económico.

A los ojos de Mundt, este es el inicio de tal vez una protección multidimensional, en el que, vía un análisis competitivo, se buscaría directamente el bienestar de los consumidores:

> *En el futuro, Facebook, ya no podrá obligar a sus usuarios a aceptar la recopilación y asignación prácticamente sin restricciones de datos ajenos a Facebook a sus cuentas de usuario de Facebook. La práctica anterior, de combinar todos los datos en una cuenta de usuario de Facebook, estará ahora sujeta al consentimiento voluntario dado por los usuarios. El consentimiento voluntario significa que el uso de los servicios de Facebook no debe estar sujeto al consentimiento de los usuarios para que sus datos se recopilen y combinen de esta manera. Si los usuarios no dan su*

---

solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación apetición de este de medidas precontractuales; c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño".

[61] Bundeskartellamt, 6ta División de Decisión, B6-22/16, 2019, p. 218.

consentimiento, Facebook no podrá excluirlos de sus servicios y deberá abstenerse de recopilar y combinar datos de distintas fuentes[62].

Facebook, en desacuerdo con la línea argumentativa del *Bundeskartellamt,* apeló al Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, quien admitió el recurso y suspendió la decisión del órgano de competencia alemán[63]. Este último dictamen, siendo más tarde anulado por el Tribunal Federal de Justicia[64], por lo que el Tribunal Regional Superior de Düsseldorf procedió a suspender el procedimiento y remitir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea todos sus cuestionamientos relativos al correcto entendimiento del caso, con referencia a la interpretación de los artículos y principios del RGPD y la facultad de las autoridades de competencia para considerar normas de protección de data.

En resumen, el Tribunal Regional de Düsseldorf, albergando claras dudas sobre cómo proceder, envió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cadena de 15 preguntas profundas[65], relativas a la interpretación requerida en vista de las distintas normativas que conforman la legislación europea sobre los siguientes aspectos: i) la posibilidad de que las autoridades nacionales de defensa de la competencia controlen, en ejercicio de sus competencias, la conformidad de un tratamiento de datos personales según lo exigido por el RGPD; ii) la posibilidad de que un operador de una red social en línea trate los datos personales sensibles del interesado; iii) la licitud del tratamiento de los datos personales del usuario afectado; y, iv) la validez del consentimiento dado por un usuario correspondiente al tratamiento de sus datos, a una empresa que posee una posición dominante en el mercado nacional de redes sociales en línea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea inició todo su razonamiento aplaudiendo la remisión por parte del Tribunal Regional Superior Düsseldorf de los cuestionamientos, al admitir que real y efectivamente existe un vacío normativo y jurisprudencial al no haber:

> *[…] ningún instrumento del Derecho de la Unión Europea en el que se establezcan normas específicas relativas a la cooperación entre una autoridad nacional de defensa de la competencia y las autoridades de control nacionales interesadas o la autoridad de control misma. Asimismo, ninguna disposición prohíbe que las autoridades nacionales de defensa de la competencia concluyan, en el ejercicio de sus funciones, que un tratamiento de datos realizado por una empresa con posición dominante, susceptible de constituir un abuso de dicha posición, no sea acorde a la normativa de protección de datos*[66].

Posterior a esto, continuó presentando sus conclusiones en respuesta a las dudas planteadas por el citado tribunal de alzada, apoyando la visión del *Bundeskartellamt* con respecto a que, en el marco del examen de una práctica de abuso de posición dominante, *"puede resultar necesario que la autoridad de defensa de la competencia del Estado miembro de que se trate examine también la*

---

[62] Bundeskartellamt, "Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources", 2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html [traducción nuestra].
[63] Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, Facebook / Bundeskartellamt, de agosto de 2019, Caso VI-Kart 1/19.
[64] Tribunal Federal de Justicia, Sentencia KVR 69/19, del 23 de junio de 2020.
[65] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-252/21, del 4 de julio de 2023, párr. 35.
[66] Ibid, párr. 43.

conformidad de las actividades de la empresa con normas distintas de las incluidas en el Derecho de la Competencia"[67].

Explicando así que el manejo de la autoridad de competencia alemana fue el correcto al no suplantar a las respectivas autoridades de control, conociendo que su rol no se extendía al manejo de la aplicación del RGPD, ni a la finalidad que en este se contempla, sino a limitarse a señalar la falta de una estructura de tratamiento de datos con el RGPD, para así declarar la existencia de una práctica de abuso de posición dominante e imponer, conforme a esto, medidas para que, con base a la legislación de competencia, cese dicha acción.

De esta forma, a los ojos del tribunal europeo, es posible que el órgano de competencia pueda, en el marco del examen de una práctica de abuso de posición dominante, concluir que las condiciones generales del servicio de dicha empresa relativas al tratamiento de los datos personales y su aplicación no respetan el citado reglamento, cuando dicha conclusión sea un elemento esencial para poder proclamar la existencia de tal abuso[68]. Esto ya que, en caso contrario, la exclusión de este tipo de normas en el marco jurídico que las autoridades de competencia deben de tomar en consideración para sus análisis, ignoraría la realidad de la economía digital, pudiendo menoscabar la efectividad del Derecho de la Competencia en los tiempos modernos[69].

Haciendo la salvedad y en apoyo a lo planteado por el *Bundeskartellamt*[70]*,* de que es necesario y obligatorio el deber de cooperación de dicha autoridad de competencia con la autoridad de control competente, de manera que sea posible garantizar una aplicación coherente de la normativa especializada, de conformidad al principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4, numeral 3 del Tratado de la Unión Europea[71].

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclaró el hecho de que la connotación de validez o invalidez referente a la entrega de consentimiento por parte de un usuario en una red social en línea, radica en el hecho de si este tuvo la libertad de negarse a operaciones particulares de tratamiento de datos que no sean imprescindibles para la ejecución del contrato, sin verse por ello obligado a renunciar a la utilización del servicio ofrecido por el operador, *"lo que implica que se ofrezca a dichos usuarios, si es necesario a cambio de una remuneración adecuada, una alternativa equivalente no acompañada de tales operaciones de tratamiento de datos"*[72].

Recordó además el hecho de que, sin consentimiento, está justificado este tipo de tratamiento cuando cumple restrictivamente alguno de los requisitos de necesidad mencionados en el precitado artículo 6, numeral 1, párrafo 1, letras b a f, del RGPD, dejando en claro que ninguno de los alegatos del agente económico imputado justificaban su acción, véanse: i) la personalización de los contenidos; ii) la utilización homogénea e interconectada entre los servicios del grupo Meta;

---

[67] Ibid, párr. 48.
[68] Ibid, párr. 62.
[69] Ibid, párr. 51.
[70] Ibid, párr. 56: *"Si es así, la autoridad nacional de defensa de la competencia no puede apartarse de ella, aunque conserva su libertad para deducir sus propias conclusiones desde el punto de vista de la aplicación del Derecho de la competencia".*
[71] *"Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados […]".*
[72] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-252/21, del 4 de julio de 2023, párr. 150.

iii) la seguridad de la red, iv) la mejora del producto; v) la entrega de información a autoridades penales; vi) la innovación; o, vii) la oferta destinada a los anunciantes.

Reiteró así que, para que el tratamiento sea lícito, se requiere que: i) el responsable de este o el tercero persigan un interés legítimo; ii) el procesamiento de los datos sea necesario para la satisfacción de dicho interés legítimo; y, iii) no prevalezcan los intereses o derechos del interesado en la protección de los datos sobre el interés legítimo del responsable del tratamiento[73]. Tomando en cuenta la protección aún más profunda de grupos específicos, como son los niños, que son menos conscientes de los riesgos, consecuencias y derechos concernientes al tratamiento de datos personales.

Conclusiones

La conclusión y el análisis innovador del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sí mismo presenta un escenario en donde reluce una importante incógnita: ¿qué hubiera ocurrido con un caso similar en la República Dominicana?[74]

A nuestro parecer, diferenciándose de la normativa alemana, la Ley Núm. 42-08 sobre la Defensa de la Competencia peca de poca explicites y adaptación a las novedades de la economía digital. En palabras de la presidenta del Consejo Directivo de ProCompetencia: "*existen ciertas situaciones en las dinámicas de los mercados digitales en las cuales las leyes de protección a la competencia resultan obsoletas e insuficientes para enfrentar una variedad de prácticas comerciales cuyos efectos negativos se resienten en la competencia"*[75].

Y es que, a pesar de que ciertamente este tipo de casuísticas pueden ser reguladas bajo dicha normativa, pudiendo de forma teórica ser suficiente, resulta conveniente una inclusión expresa de los elementos que acarrean los mercados digitales, con miras a una interpretación menos laboriosa para las autoridades de competencia y el poder judicial, a quienes siempre les resultará más afable encuadrar una conducta en un tipo sancionable cuanto más preciso esté definido[76].

Pasada esta aclaración, somos de la opinión de que la demanda pudiera ser configurada bajo el marco del artículo 6, literal c de la Ley Núm. 42-08[77] que prohíbe: *La venta u otra transacción*

---

[73] Ibid, párr. 106.

[74] Un supuesto posible al la legislación de competencia dominicana poder extenderse a todo agente económico que pueda producir efectos restrictivos a la competencia en el territorio nacional. Artículo 3.a, Ley Núm. 42-08: *"[…] Será aplicable, asimismo: a) Los acuerdos, actos o conductas, incluidas las derivadas de una posición dominante, que se originen fuera del territorio de la República, siempre y cuando produzcan efectos restrictivos a la competencia en el territorio nacional".*

[75] Vásquez, María Elena, "Acciones de Aplicación de la Ley y Abogacía en Mercados Digitales, Río de Janeiro, Asamblea Anual del Centro Regional de Competencia para América, 2022.

[76] Véase Mancebo Contreras, Pablo Tulio, "Las prácticas de abuso de posición dominante en las Plataformas de Dos lados y el Derecho de Competencia: Evaluación de su potencial regulación en República Dominicana", en Biblioteca PUCMM, 2023, pp. 1-91, en 77-91.

[77] *"Artículo 6. Del abuso de posición dominante. Quedan prohibidas las conductas que constituyan abusos de la posición dominante de agentes económicos en un mercado relevante susceptibles de crear barreras injustificadas a terceros. Se incluyen dentro de los abusos de posición dominante las siguientes conductas: c) La venta u otra*

condicionada a adquirir o proporcionar otro bien o servicio adicional, distinto o distinguible del principal; o algún nuevo accionar por la naturaleza expansiva del artículo 6, al Facebook indirectamente obligar a los usuarios a acoger su servicio, bajo una violatoria estructura de tratamiento de datos personales, condicionándolos así, de forma desleal, a someterse a un servicio distinguible al principal. Sin embargo, como explicamos previamente, los órganos administrativos para la defensa de la competencia dominicanos no tienen facultad para extenderse en un análisis sobre mercados multilaterales, lo que constituye una limitación sensible a fines de detectar los efectos nocivos del abuso de posición dominante en casos de esta naturaleza.

La violación pudiera ser igualmente configurada bajo la legislación de protección de datos dominicana aplicable en la especie[78], al violentar los principios de licitud de los archivos de datos personales, del derecho a la información, del consentimiento del afectado, de la lealtad y de la finalidad de los datos, configurados en el artículo 5, pero ya no sería un caso de abuso de posición dominante. Facebook, teniendo que demostrar la configuración de alguna de las excepciones estipuladas en el artículo 27, probablemente la del numeral 4[79], aunque poseyendo expresamente la limitación, en caso de que dentro de dichos datos sean localizables los especialmente protegidos[80], de que dichas excepciones no pudieran ser aplicadas.

Una diferenciación certera en el caso dominicano sería la inexistencia de la autoridad competente en la materia de protección de datos, que en este caso sería suplida por el Instituto Nacional de Protección de los Derechos del Consumidor (ProConsumidor), conforme al artículo 1 de la Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor Núm. 358-05[81], quien posee acuerdos de cooperación con ProCompetencia[82], y estaría obligado, de acuerdo al mandato constitucional del

---

transacción condicionada a adquirir o proporcionar otro bien o servicio adicional, distinto o distinguible del principal".

[78] Ley Núm. 172-13: "*Artículo 2. Alcance. La presente ley es de aplicación a los datos de carácter personal registrados en cualquier banco de datos que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos en los ámbitos público y privado; Artículo 3. Ámbito de aplicación. Las normas de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional".*

[79] *"Artículo 27. Excepciones al requerimiento de consentimiento. No será necesario el consentimiento para el tratamiento y la cesión de datos cuando: 4) Se deriven de una relación comercial, laboral o contractual, científica o profesional con la persona física, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento".*

[80] *"Artículo 75. Datos especialmente protegidos. Ninguna persona física puede ser obligada a proporcionar datos sensibles. La persona física podrá proporcionar datos sensibles, si libre y conscientemente decidiera hacerlo por voluntad propia. Queda prohibida la formación de archivos, bancos de datos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles, siempre y cuando la persona física no haya proporcionado el consentimiento correspondiente de manera libre, consciente y voluntaria […]".*

[81] *"Las disposiciones de la presente ley tienen por objeto establecer un régimen de defensa de los derechos del consumidor y usuario que garantice la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores, consumidores de bienes y usuarios de servicios, sean de derecho público o privado, nacionales o extranjeros, en armonía con las disposiciones al efecto contenidas en las leyes sectoriales […]".*

[82] OECD & BID, "Exámenes Inter-Pares sobre el Derecho y Política de Competencia. República Dominicana", Paris, 2024, p. 81.

artículo 138[83] y el artículo 12, numeral 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública[84], a cooperar con este. Si bien existe una prohibición bajo el catálogo de actos de competencia desleal por infracción de normas[85], no sería costo beneficioso para el Estado dominicano, llevar a cabo una investigación por esa vía, tomando en consideración, entre otros aspectos, que los actos de competencia desleal no conllevan pago de multas administrativas.

Se evidencia que, sin poder descifrar las posibilidades de llegar al mismo resultado, bajo la legislación actual dominicana, no es aconsejable, en el estado actual de la legislación, llevar a cabo una investigación de oficio similar al caso de análisis. No obstante, es imprescindible destacar el hecho de que los estudios que profundizan la relación entre ambas materias de cara a las estructuras novedosas de los mercados tecnológicos continúan siendo confusos, volubles y contradictorios; lo único certero precisamente siendo la variabilidad de su nexo, ya que, dependiendo de las circunstancias, están alineados, contrariados o simplemente aislados[86].

Es así como el movimiento regulatorio económico mundial se está dirigiendo hacia el estudio de estos mercados en búsqueda de una propuesta normativa que busque, más que un mayor o menor reforzamiento, uno mejor; de aquí que hayan sido: i) emitidas la Reforma Alemana del 2021 o el Reglamento Europeo de Mercados Digitales; ii) creadas unidades especializadas en dicho mercado como la Unidad de los Mercados Digitales en la jurisdicción inglesa; iii) y existan un sinnúmero de nuevos estudios tanto públicos como privados, como el Estudio Furman[87], los planteamientos

[83] *"Artículo 138.- Principios de la Administración Pública. La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación […]".*

[84] *"Principios de coordinación y colaboración. Las actividades que desarrollen los entes y órganos de la Administración Pública estarán orientadas al logro de los fines y objetivos de la República, para lo cual coordinarán su actuación bajo el principio de unidad de la Administración Pública […]".*

[85] "*Artículo 11 f) Incumplimiento a normas. Sin perjuicio de las disposiciones y medidas que fuesen aplicables conforme a la norma infringida, constituye competencia desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva resultante del incumplimiento de una norma legal o técnica directamente relevante a la actividad, los productos, los servicios o el establecimiento de quien incumple la norma, o la simple infracción de normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. En estos casos la ventaja debe ser significativa y generar un perjuicio a los competidores como consecuencia directa de la infracción cometida por el agente económico."*

[86] Douglas, Erika, "The New Antitrust/Data Privacy Law Interface", The Yale Law Journal Forum, volumen 130, 2021, pp. 226-229, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3771461.

[87] Furman, Jason & Digital Competition Expert Panel, "Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel", Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Gobierno de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.

de la OECD[88], de las autoridades de competencia de Francia y Alemania[89], del Comité Stigler[90] en Plataformas Digitales y del Congreso de los Estados Unidos de América[91].

Acaso por el esfuerzo agotado por la *Bunsdeskartellant* en ese procedimiento administrativo sancionador de examen, la ley alemana de competencia resultó sustancialmente modificada a partir de 2021.

En esa moderna legislación, además de los capítulos tradicionales propios de leyes en la materia, se creó una nueva categoría denominada *Conductas Abusivas de Significado Supremo sobre los Mercados*, orientada a perseguir las distorsiones anticompetitivas que solo un gigante digital podría realizar. La conducta tiene cinco elementos o requisitos de comprobación: 1) La empresa debe tener la posición dominante en varios mercados. 2) Contar con fortaleza financiera o con el acceso a otras fuentes, 3) Tener integración vertical y actividades relacionadas en otros mercados. 4) Tener acceso a datos relevantes de sus competidores. 5) Sus actividades deben tener relevancia en el acceso de las terceras partes al suministro y venta en el mercado e influir sobre los negocios de las terceras partes. Las empresas con estas características son sujetas a un catálogo especial de prohibiciones y medidas de vigilancia. También, forma parte de la nueva ley alemana una descripción de los poderes de las autoridades de competencia de ese país, para determinar daños y devolución de beneficio.[92]

En un momento en que se plantea la modificación de la Ley Núm. 42-08, General de Defensa de la Competencia, a partir de las recomendaciones derivadas del *Examen Inter-Pares sobre Política y Derecho de la Competencia de la Republica Dominicana*[93] elaborado por el Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización para el Desarrollo Económico (OCDE), no es ocioso estudiar los motivos que impulsaron al legislador alemán, puesto que a diferencia de otras naciones, República Dominicana no podría resolver estos conflictos creando posiciones jurídico-constitucionales a través del sistema de precedentes.

Uno de los aciertos de legislador dominicano en 2008 fue establecer en la Ley Núm. 42-08 la regla de la razón que está consagrada por escrito y reza: "*En la evaluación de las imputaciones de abuso de posición dominante, se examinará la contribución o reducción de dicha conducta a la eficiencia económica,*

---

[88] Pike, Chris, "Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms", OECD, 2018, https://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm.

[89] Bundeskartellamt, y Autorité de la Concurrence, "Competition Law and Data", 2023, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html;jsessionid=810B1081CB67EFED0B1CC6C967E6909F.1_cid362?nn=3591568.

[90] Zingales, Luigi & Scottl, Fiona & Rolnik, Guy, "Stigler Committee on Digital Platforms", Chicago Booth. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019, https://publicknowledge.org/wp-content/uploads/2021/11/Stigler-Committee-onDigital-Platforms-Final-Report.pdf.

[91] Congreso de los Estados Unidos de América, "Investigation of Competition in Digital Markets", 2022, https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf.

[92] Noboa Pagán, Angélica "Novedades en la Reforma a la Ley Alemana de Competencia" 2 de abril de 2022, diario Acento https://acento.com.do/opinion/novedades-en-la-reforma-a-ley-alemana-de-competencia-9045656.html

[93] Disponible en el sitio en la red de internet de Procompetencia file:///C:/Users/anp/Downloads/informe-Examen-Interpares%20(8).pdf

mediante el análisis del efecto neto de dicha conducta; es decir, si sus efectos anticompetitivos superan los efectos pro-competitivos, o de incremento de la eficiencia económica o viceversa".[94]

¿Habrían sido comprendidos los actos de abuso de posición dominante si la Ley núm. 42-08 no contara con esa regla por escrito? Probablemente no. ¿De dónde obtiene el legislador dominicano su regla de la razón? Del estudio de la sentencia *Chicago Board of Trade vs. Estados Unidos, 246 U.S. 231* (1918). Este fue un precedente dictado por SCOTUS. La configuración de la regla de la razón en ese fallo fue redactada por el magistrado Louis Brandeis. El artículo 7.2 de la Ley núm. 42-08 es una traducción de la *fórmula Brandeis.*[95]

En una feliz correspondencia, la Mtra. Barinas Ubiñas, en su obra sobre protección jurídica de la vida privada, destaca que:

> *El reconocimiento del derecho a la vida privada, y su consecuente protección, encuentra su génesis en el famoso escrito de Louis Brandeis y Samuel D. Warren de 1890 [año de promulgación de ley antimonopolios de los Estados Unidos] titulado "The right to privacy". Antonio Fayos Gardo señala que en este artículo doctrinal se encuentra "el origen moderno del concepto legal de privacy.*[96]

El derecho a la vida privada y el de la autodeterminación informativa son derechos fundamentalmente protegidos, como claramente lo ha explicado nuestro Tribunal Constitucional.

> *[…] Esta protección de los datos de carácter personal se denomina como el derecho a la autodeterminación informativa, que nace del derecho a la intimidad y lo trasciende, protegiendo el derecho a estar informado del procesamiento de los datos y de los fines que con él se pretende alcanzar, así como el derecho de acceso, actualización, rectificación o eliminación, en caso de que le ocasione a la persona un perjuicio ilegítimo.*
>
> *Así lo ha expresado la jurisprudencia constitucional comparada, reconociendo que [e]l derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal. Mediante la autodeterminación informativa se busca proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; por tanto, no puede identificarse con*

---

[94] Noboa Pagán, *Angélica "Ginsburg en materia antitrust y la disidencia como legado democrático (2 de 3)"*, 26 de septiembre de 2020, diario Acento https://acento.com.do/opinion/ginsburg-en-materia-antitrust-y-la-disidencia-como-legado-democratico-2-de-3-8864430.html

[95] Ibid.

[96] Barinas Ubiñas, Ob. Cit, p. 50.

> *el derecho a la intimidad, personal o familiar, ya que mientras éste protege el derecho a la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa busca garantizar la facultad de todo individuo de poder preservarla ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen.*[97]

A finales de 2023, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, a través de su sentencia casacional SCJ-TS-23-2017[98], ha reconocido el valor jurídico de la regla de la razón del artículo 7 de la Ley núm. 42-08:

> *En un caso de abuso de posición dominante, se debe examinar la contribución o reducción de la conducta a la eficiencia económica, analizado su efecto neto, que corresponde a quien persigue la sanción (en este caso la investigación se inició de oficio), por tanto corresponde a la administración demostrar el efecto anticompetitivo de la conducta endilgada a la empresa, además debe presentar indicios que demuestran la capacidad del sujeto investigado para crear barreras injustificadas a terceros en el mercado, esto sin obviar que la obtención de una posición dominante por sí sola no constituye una violación a la ley.*[99]

El legislador dominicano pudiere habilitar a la administración y hacerla competente para evitar los efectos nocivos del abuso de posición dominante, derivados del uso no autorizado datos personales sobre los cuáles tenemos la propiedad material o la potestad de determinar la medida en que queremos comunicarlos a otro.

---

[97] Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0721/17, del 8 de noviembre de 2017, reiterada en Sentencia TC/0488/22, del 26 de diciembre de 2022.

[98] La Sentencia SCJ-TS-23-2017, ratifica la sentencia del Tribunal Superior Administrativo (TSA), núm. 030-04-2022-SSEN-00218 dictada el 28 de abril de 2022, decisión que a su vez revocó la Resolución Núm. 018-2018, dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), el 4 de diciembre de 2018.

[99] Ibid.